

POR
EL CONVENTO
DE S.TA MARIA DE LAS DVEÑAS
DE LA ORDEN DEL CISTER, DE ESTA CIUDAD.
Y
D. PETRONILA DE EGUZQVIZA,
MONJA PROFESSA EN DICHO CONVENTO.

EN EL PLEYTO

CON
EL VEEDOR D. MARTIN DE OLLO,
CAVALLERO DEL ABITO DE SANTIAGO,
VNO DE LOS CONSULES DEL CONSVLADO
DE ESTA CIVDAD,

SOBRE

La nulidad del teſtamento, y codicilo del Governador
Don Pedro de Eguzquiza, difunto, padre
de dicha Religioſa.

1 N ESTE PLEYTO AY AVTO del Lic. Don Ginès de Hineſtroſa Guerrero, Teniente mayor, en que diò por nulo el teſtamento, y codicilo de Don Pedro de Eguzquiza, otorgados en 17. y 24. de Julio de 94. ante Diego Mexia Carreto, Eſcrivano publico, y declarò tocar, y pertenecer à Doña Petronila de Eguzquiza, por todos los dias de ſu vida, y vn año mas de ſu perviuencia, el vſufructo de ſus legitimas paterna, y materna con todos los demas derechos tranſverſales, que juſtificare aver renunciado, y la propriedad de todo ello, al Convento de Santa Maria de las Dueñas por cabeza de dicha Religioſa, en conformidad de la eſcritura de renuncia que hizo, y otorgò ante Jacinto de Medina, Eſcrivano publico, en 24. de Febrero de 88. cumpliendoſe las Miſſas, mandas, y legados del teſtamento, y codicilo, que cupieren en el quinto, y ſi las que hizo à Doña Ana, y Doña Maria de Eguzquiza, tambien Monjas profeſſas en el miſmo Convento, hijas del miſmo Don Pedro, no cupieren en dicho quinto, ſe cũplàn del tercio, y condenò à D. Martin de Ollo, à que entregue à Doña Petronila, y al Convento por ſu cabeza todo lo que importan dichas legitimas, y derechos en la conformidad referida para que cada vna de las partes lo perciban, y tengan en la forma, y tiempo que và declarado.

2. De eſte auto ha apelado Don Martin de Ollo, y pretende ſu revocacion, y el Convento, y Doña Petronila la confirmacion de èl, ſobre que eſtà el pleyto concluſo en viſta.

3. El teſtamento, y codicilo, cuya nulidad ſe pretende, contiene diferentes mandas, y legados de diez mil Miſſas à tres reales de vellon de limoſna cada vna, y otros pios, y profanos, y entre ellos mandò ſacar de ſus bienes ſeis mil peſos eſcudos de plata, y que ſe impuſieran en renta por D. Martin de Ollo, y los trecientos peſos qne redituaſſen ſe dieſſen por tercias partes à Doña Ana, Doña Petronila, y

Doña Maria de Eguzquiza, sus hijas, por sus vidas, y no mas; y como fuessen falleciendo, la renta se fuesse aplicando para dote de vna Capellania, y mientras no se impusiesse esta rēta, se le diessen cien ducados de vellon cada año à cada vna de dichas tres hijas, para sus necessidades Reliosas por meses cumplidos, con cuyo gravamen avia de aceptar su heredero la herencia; è instituyò por tal à Don Martin de Ollo, su compadre, declarando no tener herederos forçosos, respecto de que sus hijas renunciaron en dicho Don Pedro, su padre, sus legitimas, y otros derechos al tiempo de sus professiones.

4. Las partes en sus alegaciones dizen, que Doña Ana, y Doña Maria de Eguzquiza, renunciaron en su padre sus legitimas, y otros qualesquier derechos remotamente, y sin reserva alguna, y solo Doña Petronila, que litiga, en su renuncia, q̄ hizo con licencia del Ordinario, y dentro de los dos meses antes de su professión, *reservò en si toda la parte que fuesse, y le tocasse de sus legitimas, y otros qualesquier derechos en que huviesse sucedido, y sucediesse en adelante para averlo, y gozarlo durante los dias de su vida, hasta ser fenecida, para el vso honesto de la Religion, y vn año mas despues de su fallecimiento, para hazer bien para su alma, y despues de su vida sucediesse Don Pedro de Eguzquiza, su padre, si le sobreviuiesse, y si fuesse muerto sucediessen los demàs sus hijos, y herederos legitimos, que del susodicho quedassen en propriedad, possession, y vsufructo, à quien hizo gracia, y donacion irrevocable inter viuos para que en todo ello su padre, y sus herederos, como và declarado, lo pudiessen aver, y gozar, la qual donacion, y renunciacion les hizo legitima, y bastante, quanto al derecho de su padre, y demàs personas que le sucediessen conviniera y por ser menor de 25. años, y de edad de 17. la juro para averla por firme, y no alegar fuerça, &c.*

5. Este es todo el hecho, y quanto conduce para las questiones de derecho, en que se funda la demāda del Convento, y de Doña Petronila, pretendiendo se dèn por nulos el testamento, y codicilo de su padre, y suceder *contra ellos* en toda su herencia, y que Don Martin de Ollo heredero estraño, instituido por Don Pedro de Eguzquiza la restituya,

para

para que Doña Petronila la goze por ſu vida, y vn año mas, cuya renta ſe ha de diſtribuir por ſu alma, y el Convento por ſu cabeza en propriedad, de que pretende ſer abſuelto Don Martin de Ollo, y que ſe mantenga ſu inſtitucion, mediante las renuncias de las tres hijas del teſtador.

6. Supueſto el hecho, que en los numeros antecedentes ſe ha referido ſucinta, y brevemente, y reſpecto de que aviendoſe viſto el pleyto, y eſtando informando los Abogados en el punto del derecho, manifeſtò V. S. (Señor) que los informes debian ſer mas que de palabra en punto tan arduo, y ſutil, en que nos propuſo V. S. todas ſus queſtiones, por lo qual yo referi por mayor algunos de los fundamentos, que favorecen à eſta parte, reſervando para lo eſcrito otros, que V. S. tiene muy preſentes, y convino dexarlos de manifeſtar al contrario, cuya delicadeza pudiera ofuſcarlos, no dudando de ſu literatura, que adelantarà mas que yo ſus defenſas, paſſo à hazer eſte apuntamiento con la mayor brevedad que pudiere, porque ni la eſtrechez de la Religiõ dà lugar à larga Imprenta, ni los preciſos, y continuos embarazos de mi Eſtudio, à dilatadas controverſias, ni es juſto divertir tampoco el tiempo a V. S. que lo ha meneſter tanto, y ſobra con apuntarle.

7. Supongo por regla, y principio general, que el hijo, ò hija, que renuncia la herencia de ſus padres con juramento, no le ſucede; aunque el derecho Civil impugnò el pacto de no ſuceder à los padres, *ex l. pactum dotale. C. de collationib.* y el Regio, *ex l. 33. tit. 11. p. 5. & ibi gloſſ. 2.* Dueñas, *regul. 89.* & cum multis Barboſa *in collect. ad text. in cap. quãvis pactum 2. de pactis in 6. n. 6.* pero en fuerça del juramento, *ex d. cap. quamvis pactum.* vale la renuncia del hijo, queda eſtraño, pierde la ſuidad, privandoſe de ſu debida legitima, como el exheredado juſtamente, y no puede hazer contra el teſtamento del padre, *ex l. cum quæri-*

 tur,

tur,C.de inoffic.testam & cum multis alijs Antonius Gomez,*tom 1.variar.cap 11.n 9.& in l.22 Tauri,n.9.*D.Castillo,*lib 3.controvers.cap 9.n 7*.D.Covarrub.*in d.cap quãvis pactum 3.p.relectionis,§ 3.per tot.precipuè n 5*.Gutierrez *in eodem cap.n 1*.P.Molina *de iust. & iur. tom. 1.disp.175. n.23.& tom 3.disp.579.n.13*. Spino *in specul. testam. gloss. 12.in princ. n.52*. y en terminos de renuncia de Religiosos Novicios con las solemnidades del Santo Concilio el P.Thomas Sanchez *in præcepta decalogi, tom.2. lib.7.cap. 7.n.1.& 2*.cum multis alijs.

8. Pero en medio de ser esta regla Canonica tan general,y absoluta,tiene su inteligencia comunmente recebida,que estas renuncias etiam juradas, se entienden hechas à favor de otros hijos,y debaxo de vna tacita condicion, *de que venga à ellos la herencia de sus padres*, y no quedando algunos, y el que renunciò sucede libremente à su padre; lo qual funda Magistralmente Antonio Gomez *in d.l.22.Tauri,n.11.& 12*. y Ayllon *in addit. tom. 1. variar cap.11.n.9*.cum Gutierrez,& alijs, de tal manera, que no dexando el padre, à cuyo favor se hizo la renuncia hijos legitimos,sino alguno natural,y lo instituya por su heredero,no puede perjudicar à la hija legitima,que renunciò contemplatione fratrum, vel sororum, Tello Fernãdez *in l.10.Tauri,n.20.in fin.& 21*.P.Thom.Sanch. *d.cap.7.n.22*.taliter, que esta hija legitima, no solo debe sucèder à su padre,sin embargo de la renuncia abintestato,& ex testamento,sed contra testamentum,como funda Antonio Gomez *in d.l.22.Tauri,n.11*.

9. Lo mismo prueba el señor Presidente Covarrub. *in d.cap.quamvis pact.2.de pact.in 6.3.p.relect.§.3.n.4*.desde el vers.*primum*, fundando que quando la renuncia como en nuestro caso *non simpliciter, sed in fauorem tacitum, vel expressum alterius fratris,vel sororis fit,finita censetur*, y sucede la hija que renunciò à su padre muertò sin otros hijos *ab intestato*,y en el vers.*secundò* funda lo mismo *ex testa-*

tamento, y en el verſ.*quarto*, lo funda mejor *contra teſtamentum*, y dà la razon: *Quia non eſt præſumendum paciſcentes de exteris intellexiſſe, imò tantum de his, qui fuerint deſcendentes à patre, cum alij maxima cum iniuria præferantur filiæ.l.cum acutiſsimi,C.de fideicom.l.ex facto. §.vlt.ff.ad Trebell.*

10. Y aunque es verdad que el ſeñor Covarrubias en eſte miſmo lugar, verſ.*nono*, dà à entender, que la hija que renũció ſus legitimas, al tiempo que queria profeſſar en Religion, no ſe admite con otras hermanas à la herencia paterna, porque ſe entiende aver renunciado, paraque eſtas con mayor dote pudieſſen contraer matrimonio, ampliandolo tambien, aunque ſe extingan todos los demàs hermanos, y hermanas, y que no podrà la hija Monja, ni el Monaſterio contra la voluntad del padre ſuceder, aunque ſi murieſſe ab inteſtato, admite al Monaſterio por el derecho de la Monja, cuya opinion ſigue D. Fernando Vazquez Menchaca *de ſucceſſ. creat. lib. 2. cap.* 18. *n.*116.*&* 118.impugnando ſolo la limitacion de que abinteſtato ſe admita al Monaſterio, quamvis in hac re cogitandum relinquat; todavia tienen eſtas doctrinas repugnancia juridica, vt notat Tello Fernandez *in l.6.Tauri,n.*47.*& ſeqq.*& latius dicam infra n.13.

11. Y en terminos de renuncia de Religioſo en favor de ſu padre que entonces tenia prole, y con el motivo de cõſervar ſu familia, que aviendo ceſſado eſtas cauſas deban ceſſar ſus efectos de la renuncia, y entenderſe ſiempre à favor de ſus hermanos, y ſu agnacion, y que deben ſiempre preſumirſe eſtas cauſas finales, y no entenderſe jamàs querria el que renuncia, que fueſſe en beneficio de eſtraños, es admirable lugar el de Ciriaco, *tom.* 3.*controverſ* 475.vbi *n.6.*loquitur de Moniali, & *n.7.&* 8. de Monacho, & Clerico regulari; probando al *n.* 10. 11. y 12. que aunque el padre acepte la renuncia por ſi, y ſus herederos, ſiempre en eſte caſo *ratione adiuncti, & cauſa*

ipſius

ipsius renuntiationis, *nempè propter conservationem familiæ debet intelligi de descendentibus,vel saltem de hæredibus sanguinis*,cum D.Covarrub. d. verl. *quarto*, cum alijs; y lo mismo prueba Cacherano,*decis.98.n.* 11. con la decision 190.de Capicio Latro,*Parisio,cons.26.volum.3*. & D.Covarrub.*d n.*4 pro quo stat regula *in l.iubemus. C.ad Senat. Consult. Veleian.* vbi : *Generalis renuntiatio facta respectu vnius rei,vel personæ ad illam rem, seu personam coarctatur*, con otros muchos fundamentos que trae Cacherano, *in d.decis.98.* & in terminis renũtiationis monialis est etiam mirabilis resolutio Donati Ant.Marinis, *lib.2. cap.*190.de qua latius *infra n.26.*

12. Y es todavia mucho mejor lugar, y doctrina mas segura, y solida al proposito la del P. Thomas Sanchez *in præcept.decalog.tom.4.lib.7.cap 7.n.28.&* 29.donde aunque entra diziendo que quando la que renuncia velit in Religione profiteri, tunc censetur in omnem eventum renuntiare, quamvis cæteri omnes descendentes viuo patre deficiant,quippe qui ex hac causa renuntiat, certò novit fore, vt nullis in posterum facultatibus indigeat, neque ad ipsum perventuræ sint quamvis non renuntiarit,sed ad Monasterium, de cuius bonis parum solicitus presumitur, & quod pater hoc casu potest de suis bonis liberè disponere deficienteSobole, afirma,y resuelve à nuestro favor, que aunque esto es probable, mas es que siempre la renuncia *præsumitur in gratiam descendentium,& illis deficientibus, parente superstite, corruit,& succedit Monasterium, & quamvis Religionem ingrediens nõ præsumatur esse solicitum rerum temporalium, secus est quoad Monasterium, quod eum velle ditari præsumitur,vt abundantius necessaria eis suppetant,ex cap fin.20.q.3.& solatium est eligentium vitam Monasticam,vt bona sua eos sequantur, & semper intentio Monachi est,vt Monasterium sit dives, & in dubijs præfertur opinio fauens Monasterio, quam exteris.*

13. Y concluye el P. Thomas Sanchez *d. n.* 29.con

estas

estas admirables palabras: *At res hæc careret difficultate quando ingrediens Religionem renuntiaret expresse in fauorem fratrum, tunc enim mortuis fratribus cessaret renuntiatio*; y esto lo dexa sin controversia Tello Fernandez *in d. l. 6. Tauri à n.* 44 y refiriendo las opiniones del señor Presidente Covarrubias, y de Menchaca *à n.* 46. concluye resolviendo à favor de la hija Monja, y Monasterio *n.* 51. his excellentissimis verbis: *Itaque secundum hoc melioris cõditionis est illa, quæ sæculo remansit; quam illa, quæ spretis omnibus optimam partem sibi elegit. Attende verò nam contra hoc de iure in contrarium est dispositum, casus est in l. Deo nobis in fine. C. de Episcop. & Cleric.* ibi: *Nullo eis impedimento ex sanctimoniali conversatione generando. sive solè, sive cum aliis ad successionẽ vocantur. Itaque sanctimonialis vita ex eo quod eam elegerit filia non debet esse sibi damnosa; ergo si sola conjectura est differentia inter matrimonium carnale, & spirituale, & propter hoc in successione nulla differentia debet adesse: imò propter statum perfectiorem maiori privilegio potiri debet, inhumanũ est asserere quod quæ in matrimonium it, sit heres necessaria patri defficientibus fratribus: quæ vero in Religionem excludatur, nulla alia causa nisi quia Religionem ingreditur. Nec obstat id quod superius diximus quod quæ in Monasterio est non indiget substantia. Item quod non est solicita de rebus, nã omnia hæc procedunt quando habet fratres, quibus magis prospicere voluit quã Monasterio, tamẽ respectu extraneorũ magis credendum est velle fauere Monasterio, quã extraneis, cum æquitas, & ratio hoc postulet. Item non est solicita rerum quantum ad se pertinet, tamen quantum ad Monasterium sic. Quia hanc à iure Monachi dicuntur habere affectionem ad bona Monasterij, & semper dicuntur habere intentum, vt Monasterium ditetur, secundum text. in cap. constituit 20. q. 3.*

14. Por cuyas razones, y otras convence, de contrarias à las disposiciones de derecho, las opiniones del señor Covarrubias, y Menchaca, y por otros caminos, y autoridades, y argumentos funda, que el Monasterio sucede

 etiam

etiam contra testamentum patris præmortuis fratribus, vel sororibus Monialis, non obstante eius renuntiatione; demàs de que el señor Covarrubias *in* vers. *decimo*, eiusdem *n* 4. ad monet Dominos Iudices: *Paciscentium mentem omninò cognoscere conentur, quo rectius in eo iuditio sententiam dicere valeant*, vt etiam in nostro casu advertit ex eod. D. Covaraub. Marinis *d. cap.* 190 *n.* 9. *in fin.* y sobre todo carece nuestro caso de dificultad con la renuncia tan clara, y expressa que hizo Doña Petronila *en favor de su padre, y sus hijos, y herederos legitimos*, en la forma que se contiene *sup. n.* 4. ex P. Thom. Sanchez *d. cap.* 7. *n.* 29. *in fin.*

15. Renunciò Doña Petronila en su padre *si le sobre viviesse*, conque no ay duda no fue llana esta renuncia en su padre, sino condicional *si supervixerit, ex l. quibus diebus* 40. §. *quidam Titio. l. hæres meus* 78. §. *hæres meus. ff. de condit. & demonstrat.* Fachineo, *lib.* 4. *cõtrovers. cap.* 16. vers. *Ego priorem*, y aviendo faltado esta condicion, con la qual se pueden hazer legados, è instituciones de herencia, *ex dd. ll. &* §. *hæres inst. de hæred. instituend. l. filium à patre* 28. *ff. de lib. & posth.* D. Vela, *tom.* 2. *dissert.* 47. *n.* 45. vers. *aliam sententiam.* Llegò el caso de aver de entrar *sus hijos y herederos legitimos*, segun la misma renuncia, y disposicion, y aviendo estos premuerto, à cuya contemplacion expressamente se otorgò, y jurò la renuncia, faltò en todo la cõdicion, y tienen lugar las doctrinas citadas, *sup. num.* 10. *& seqq.*

16. Y esta palabra *hijos, y herederos legitimos*, se ha de entender como suena de hijos, con la coniunctiva, &, de que estos *hijos* han de ser *herederos legitimos*, quia coniungit, & vtrumque concurrere requirit. Narb. *in l* 26. *glos.* 5. *n.* 16. *tit.* 22. *lib.* 4. *recop.* & natura huius dictionis est copulare præcedentia, cum sequẽtibus, *l. & quia. ff. de iurisd. omn. iudic.* quia est coniunctiva, & copulativa, *vt in l. si quis ita stipulatus. ff. de verb. obligat. l. si hæredi plures. ff. de condit. instit. l. hæredi.* § *Caio ff. de fundo instruc.* & æqualiter copulat, vt idem sit de vno quod de altero ex copulatis,

ac ita requirit concursum copulatorum. *l. si mihi, & Titio. ff. de verb. sign. l. reos. §. cum in Tabullis. ff. de duob. reis*, & alijs apud Barb. *tract. varij de diction vsu frequēt dict.* 110. *&* y nunca se pudiera hazer disiuntiva de vno, ò otro, porque fuera impropriar las palabras, que estàn claras, y aunque solo tuviera la palabra *herederos, ò sucessores*, se debiera entender *de hæredibus sanguinis*, vt probat expresse Vlpianus, *ex l. ex facto § fin. ff. ad Trebellianum*, ibi: *Siquis ita fideicommissum relinquerit: fidei tuæ fili commito, vt si sine herede moriaris, restituas hæreditatem, videri eum de liberis sensisse Divus Pius rescripsit*; y nunca en las palabras de nuestra renuncia *possunt includi extranei*, vt probat egregie Cevallos, *com. contra com. q.* 538. y solo en la palabra, hijos, y herederos, podria incluirse el Monasterio, *ex cap. in præsentia de probat*, ibi: *Intelligendum non erat sine hærede decedere, qui Monasterium instituit.*

17. Y en todo caso diziendo *hijos, y herederos legitimos* se han de entender descendientes, y no estraños, y lo demas seria contra la mente del que renunciò, vt probat idem Cevallos *n.* 3. *&* 4. & Peregrin. *de fideicom. art.* 32. vbi *n.* 36. inquit: *Quod si illa conditio intelligeretur de quibuscumque hæredibus ex testamento, & ab intestato, resultaret iniquitas, & absurditas quædam contra mētem testantium* Y lo funda con Bart. Bald. y otros, cuyo lugar es muy amplio, y del presente caso, concluyendo quod in dubio, cum in dispositionibus *de hæredibus* fit mentio, *de hæredibus sanguinis* intelligitur, ex coniectura legali, quæ præsumit plus dictum quam scriptum, & testatorē proprias successiones alienis velle præferri, &c. Y aunque huviesse duda la podria declarar la misma Religiosa que renūciò, *etiam post professionem*, P. Thom. Sanchez *in precept. decalog. tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 11. *n.* 16. *& seqq.*

18. Todo esto es llanissimo, y no parece quedò duda en ello en Estrados, donde se me enseñò la doctrina de Donato, Ant. Marinis, *resol. iur. lib.* 2. *cap.* 189. de que pudieramos aprovechar muchas, y muy graves authoridades,

des, que junto este Author en materia de renuncias, *n.1.* assi de Comentarios, y Tratados, como de Cōsejos, y Decisiones especiales à nuestro favor, y todas se hallaràn alli antiguas, y modernas, de Estrangeros, y Españoles, y las que yo antes tenia vistas, y dexo citadas, concluyendo cō muchas executorias en casos semejantes *à n.77.* y en terminos de renuncia à favor del padre, y sus hetederos, y sucessores vniversales, y particulares, y otras amplissimas clausulas *n. 80.* y que nada obstò à la renunciante para suceder à su padre.

19. Y assi solo se suscitò à la vista la duda, que nace de la sentencia del Tenente, pues dando por nullo el testamento, y codicilo, declarò tocar solo à Doña Petronila de Eguzquiza por su vida, y vn año mas, el vsufructo de sus legitimas, y derechos que renunciò, y la propriedad de todo ello al Convento, y condenò à Don Martin de Ollo à que les entregue todo lo que importa dichas legitimas, y derechos, conque se implica, pues si dà por nullo el testamento por aver preterido en èl à Doña Petronila su padre, siendo su hija, y heredera forçosa, le debiò mandar entregar todo el patrimonio, y herencia del padre, y se diò à entender, que teniendo este otras dos hijas en el mismo Convento, que en èl renunciaron llanamente, adquiriò sus legitimas; y pudo disponer de ellas; y que en quanto à estas dos legitimas no podrà venir D. Petronila *contra testamentum patris.*

20. Y puede ser naciesse esta dificultad de la doctrina de Juan Gutierrez *in d.cap.quamvis pactum, de pact. in 6. n.11.* que quiso defender, que si el hijo, ò hija renunciò sus legitimas en su padre con tal calidad, *que pudiesse disponer de ellas libremente dexandolas à vno, ò dos de sus hijos los que quisiesse, ò mejorarlos en ellas, demàs de las que les tocava y se les debia de los bienes de su padre, y aunque excediessen del tercio, y quinto, lo puede hazer libremente;* porque las leyes Reales que prohiben el excesso de tercio, y quinto, proceden en los bienes del mismo padre, y no en

la

la legitima de otro hijo renunciada en èl con las facultades referidas;pero el mismo Juan Gutierrez *n.12.*confiessa,que si el hijo,ò hija *simpliciter renuntiauit , non data,nec concessa patri facultate supradicta* , entonces en todos los bienes del padre , assi adquiridos por la renuncia , como en los demàs de su patrimonio, suceden los demàs hijos con derecho igual,y el padre no puede disponer de ellos, *vltra tertium , & quintum*, y concluye con estas palabras: *Et idem iudicabitur de hac legitima renuntiata simplicer tum temporis,quod de cæteris bonis ipsius patris,nam ille filius, qui in eum prædicto modo renuntiauit habetur pro mortuo,ac per consequens cæteris filijs accresceret ius illud pro portionibus hæreditarijs sibi defferendis.*

21. Y à esto alude tambien la doctrina de Antonio Gomez, *variar.tom.*1.*c.*11.*n.*22. donde controvierte si la porcion del hijo legitimamente exheredado se acresce à los demàs hijos,y si es lo mismo en el que en vida del padre muere,ò se hizo incapaz,Monacho, è insucesible,por que renunciò con juramento , y despues de varios fundamentos, concluye con estas admirables palabras : *Advertendum tamen quod ista quæstio hodie in nostro Regno necessario cessat , & non potest verificari , quia modo filij sint pauci,modo plures , semper legitima eorum est totum patrimonium patris,excepto quinto Vnde modo aliquis eorum sit mortuus,modo exheredatus,vel alias incapax,in distincte legitima erit totum patrimonium , & sic omninò cessat , & non potest habere locũ prædicta quæstio* & ibi Aylion cum Menchaca *de success.creat.p.*1.*lib.* 2.*cap.*20.*num.*205.*& seqq.*Cevallos *com.contra com.q.*370.quia qui non admittitur ad partem non facit partem,*l.huiusmodi,§ si Titio.ff. de leg.*1.& exheredatus habetur pro mortuo,tanquam si non esset natus, *l.*1.*§.si pater,l.si post mortem.§.si liberi.ff. de bon. poss. contra tab.*ex quibus,& alijs fundamentis;esta es la mas comun, y verdadera opinion.

22. Y mas claro , y expresso à nuestro favor es el

lugar del mismo Menchaca, *controvers. vsu freqnent. lib.* 3. *cap.* 44. *n.* 4. donde mueve la propria question, y al *num.* 5. resuelve, que oy por derecho del Reyno, *ex l.* 17. *et* 44. *Tauri*, todos los bienes del padre *præter quintum*, son legitima de los hijos, sean pocos, ò muchos, y al *num.* 6, concluye (poniendo al margen *declaratio noua*) con estas palabras: *Sed eo casu, quo in fauorem patris renuntiauit, vt ipse pater ad libitum de portione ad ea relicta libere disponeret, an quod ipsa amissit, et reliquit, possit pater in extraneos convertere, et conferre, et putò quod non possit in terminis Regij, quia hac in re ipsa renuntians non habebat vllam potestatem, licèt enim per iuramenti interventum, se ipsam excludere potuerit; non tamen potuit consequi quin per suam exclussionẽ fratrum legitimè augerentur, non magis quam si post mortem patris eius hæreditatẽ repudiasset, quo casu ipsa in vita aliorum fratrum portiones iure accrescendi augerentur, vt in l si pluribus. ff. de suis, et legitim. l. vnica. C. quando non petent. part. l. vnica. §. his ita. C. de caduc. tollend. l.* 1. *et* 2. *et l si solus. ff. de acquirenda hæred. §. videamus inst. de hæred. instituend.*

23. Por confusa, y dificil tuvieron, sua tempestate, los Autores de mayor nombre en nuestra Jurisprudencia, y exercitò los ingenios de los Doctores mas præclaros, que confiessan, respondian siempre dudosos, y sin el pie fixo, esta question: *An exclusi faciant partes alijs non exclusis*, vt inquit Mercurialis Merlin. *de legitim. lib.* 1. *tit.* 4. *quæst.* 3. donde con gran claridad en esta materia, constituit duo capita: *Primum est numquid personæ exclusæ faciant partem ad augendam legitimam aliorum detriente, ad semissem: exempli gratia cum quator sint liberi, quibus debita est legitima, est & alter qui iustè exhæredatus, vel aliter exclusus; quæritur an sit connumerandus, vt faciat legitimam semissem, quæ atentis illis quator esset solum triens; & de hoc capite in hac quæstione erit sermo*, y divide este primer cap. en tres Articulos, que el tercero es: *Quando non à lege, nec à testatore quis excluditur, sed voluntate propria, vt Monachus, re-*

nun-

nuntians, de portatus, et similes, vbi *à num.* 33. habla del que entrò en Religion, y renunciò *viuo patre*, vt habeatur pro mortuo, de manera, que se avrá de partir la herencia entre todos los demàs hijos, *non computato mortuo, vel renunciante*, & *num.* 40. *&* 41. que nunca esta renuncia puede aumentar la herencia en la porcion legitima del que renunciò *ad commodum hæredis, sive extranei, sive sui, vel substituti*, con Peregrino, y otros, *de qua re ad sequentem quæstionem se remitit*; quæ est *in eod. tit.* 4. *q.* 4.

24. El segundo capitulo es mas proprio de nuestra question, y lo propone assi Merlino: *Secundum est caput, an exclusus non tantum non connumeretur ad augendam legitimam aliorum, sed an etiam connumeretur ad diminuẽdam legitimam aliorum, ita quod portio, in qua ille non succedit, accrescat non alijs liberis, sed hæredibus institutis à patre, pone quator sunt filij, quorum legitima est triens, vnus est iuste exheredatus, an legitima aliorum trium sit integer triens, an autem triens dempta portionè illius exheredati, vel exclusi, vnde quæritur an accrescat portio exclusi alijs fratribus, an autem hæredi extraneo, vel alio substituto? & de hac sequenti quæstione verbá faciam.*

25. Y con efecto *in d quæst.* 4. *sequenti* constituye tre casos; el primero: *Quando facto proprio evenit, exclusio, vt quia sit bannitus, vel renunciauerint, vel effecti sint in successibilis; & hoc casu iuxta tradita in tertio articulo præcedentis quæstionis non minuunt aliorum legitimam, sed imò quandoque eam impinguant, vt dicto articulo ostensum est.* Con que dexa en todo resuelto à favor desta parte, y los otros dos casos desta question no tocan àl nuestro.

26. Y mas en terminos del caso en que estamos de la renũcia de Doña Petronila para suceder en todo, y aun en legitima adquirida de hermano, en quien la Monja avia tambien renunciado las suyas paterna, y materna, y derechos transversales adquiridos, y por adquirir *in amplissima forma*, es la resolucion del mismo Donato, Ant. Mari-

Marinis, *d. lib. 2. cap. 190.* moviendo la question de si estas renuncias de Monjas son *reales*, de forma que ellas queden exclusas, y sucedan al renunciatario, sus consanguineos, ò otros, ò si son *personales*, en favor de aquellos que se nombran, como en nuestro caso *el padre, y sus hijos, y herederos legitimos*, sin passar à otros *herederos, y sucessores in perpetuum*, de tal forma, que premuriendo el padre, y sus hijos legitimos, renunciatarios, ò donatarios, *superstite renuntiante, vel donante*, se caduque la renuncia, ò donacion, y resuelve Marinis à favor del Monasterio, diziendo no aver hallado contra èl alguna probable dificultad *n. 4.* y al *n. 6.* dize ser seguro el derecho del Monasterio, porq̃ nunca se pudo entender semejante renuncia à contemplacion *de otros herederos*, mas que de las personas en ella comprehendidas, & in *n* 8. sic interrogat: *Quæro ego: potest ne hoc afirmari in casu, de quo agimus, vt verisimile sit patris mentem fuisse quando à filia renuntiationem extorsit, vt filio, sine liberis ab intestato decedente, succedere illi deberent eius auunculi ad exclusionem Monasterij, in quo vita, decus, & honor propriæ filiæ mirificè conservabantur? Certè nullo pacto hoc à bono Iudice credendum.* Y lo comprueba con muchas autoridades, y decisiones *à n. 10. & seqq.*

27. Y aunque este lugar es de *ab intestato* del padre, y hermano, concurren las mismas razones *contra testamentum*, siendo la renuncia personal, y à contemplacion de ciertas personas *tantum*, y aunque tenga quantas clausulas se puedan imaginar, que importen realidad, nunca pueden aprovechar, *nisi illis personis quibus est renuntiatum, sive quarum contemplatione præsumi possit factam fuisse renuntiationem*; vt probat idem Marinis *eod. lib. 2. cap. 191. num. 3.* quamvis regulariter renuntiationes Monialium soleant esse reales, como lo fueron las de Doña Ana, y Doña Maria de Eguzquiza, por no aver comprehendido las circunstancias de la nuestro pleyto, otorgada por Doña Petronila, por las quales viene à suceder en toda la heren-

herencia, y patrimonio de su padre sin deberse connumerar sus hermanas, *nec ad augendam, nec ad diminuendam legitimã, neque ad accrescendã hæredi extraneo à patre nulliter instituto*, vt probatum remanet, non solum *iure Regio*, verum, & authoritatibus supra allatis *à n.20. cum seqq.*

28. Y assi el auto del Teniente parece no tiene implicacion, pues condenando à D. Martin de Ollo à la restitucion de las legitimas, y derechos de Doña Petronila, de que avia hecho renuncia, le dà toda la herencia, y patrimonio de su padre, cuyo testamento, y codicilo declarò justamente por nulos, y en estos terminos viene à quedar la herencia *ab intestato*, vt probat Ant. Gom. *tom.1. variar cap.11 num.4.* vers. *tertius effectus*, & ibi cum alijs Ayllon; y sucede en ella la hija preterida, y no pudiendo el padre disponer *iure Regio* mas que del quinto, precisamente ha de entrar en todo lo demàs Doña Petronila, gozando el vsufructo que reservò, y le permite el derecho Canonico, *ex cap. fin.18. quæst.1. cap. fin. qui Clerici, vel voventes.* D. Gonçalez *in cap. quia ingredientibus 2. de testam. n.15.* y en propriedad el Monasterio, à quien por cabeza de su Religiosa, tocan semejantes herencias, *ex auth. ingressi C. de Sacrosanct. Eccles.* D. Gonçalez *in cap.2 de statu Monach.* & in specie renuntiationis iuratæ, quod Monasterio non obstet iuramentum ad succedendum. Spino *in speculo testam. gloss.12. n.51.* cum D. Covarrub. *in d cap. quamvis pactum, 3. p. §. 2. in princip. & in cap. 1. de testam. num 20. & alijs.*

29. Y siempre atenderà a Doña Ana, y Doña Maria de Eguzquiza, tambien Religiosas en el mismo Convento, hermanas de Doña Petronila, que quando renunciò, estava en el siglo su hermana Doña Maria, y despues muriò al mundo *per professionem*, passando à mejor vida, vt inquit text. *in auth. de nupt. §. distrahũtur colat. 4.* ibi: *Ad meliorem migrans vitam*; & infra: *Aliud pro alio vitæ eligens iter*, & *in l. Deo nobis 55. C. de Episcop. & Cleric.* & ibi gloss.

hijo, porque siempre se entienden los hijos instituidos *coniuncti re, & verbis, & extraneus omninò disiunctus*, y los hijos *inter se sunt coniuncti coniunctione legali in legitima*, y aunque por derecho comun esto pudiera tener otras inteligencias, por nuestro derecho Regio, lo resuelve sin disputa Antonio Gom. idemque probat D. Larrea, *decis.* 36. *n.* 11. *& alij* apud Ayllon *in addit. ad d n.* 37.

33. Estas son verdades infalibles en nuestro Regio derecho, y las dos porciones de Doña Ana, y Doña Maria, mediante sus renuncias absolutas, se acrecieron à Doña Petronila, que ha quedado vnica, y vniversal heredera de su padre *ab intestato*, por ser nulo el testamento, en que fue preterida, è instituido vn estraño, porque aunque la theorica de esta materia tiene textos, y consideraciones muy sutiles de derecho comun, son inutiles en nuestra practica, y buenos solo para exercitar los ingenios en las Escuelas, y en las Cathedras, como lo confiessa nuestro primario Salmantino *in iure Cæsareo*, Decano de aquella Vniversidad, *ac sui sæculi Princeps*, Pedro de Peralta *in l. & Proculo* 21. *ff. de leg* 2. donde aviendo gastado muchas hojas en su lectura, y explicacion sobre si el *ius accrescendi procedit ex cōiunctione legali*, ò de accesion, que èl llama, *ius anomalum non decedendi, seu nō decessionis*, y quādo (ex ipso textu) se entiende el legado à dos, *coniunctim, aut per partes*, cuya materia confiessa *in n fin.* ser arida, y peregrina, y conoce avrà muchos *qui clamitent, quod in re sterili, & non admodum vtili tempus absumpserit.* Se disculpa con el dicterio del Filosofo, que *vbi desinit Theoricus, ibi incipit practicus, & quod non est omittenda propria materia, super qua ordinariè occurrit scribendum, quia ex ea non depromuntur res practicæ*, detestando la, que èl llama, prava costumbre, conque nota à los Abogados de España, *divulgandi scripta principijs, & speculatione iuris vacua, & racemationibus iuris allegationum aliorū laboribus congestarū plena, ac redundantia*, huyendo de lo especulativo, como de mas difi-

dificil conocimiento,y no tan deleytable, siendo mas vtil *ad iuris arcana rimanda , nec non ad intellectus acumen* (sic Scholares solent forenses Magistros conviciare) y que ninguno de los Escritores de nuestra Civil facultad *articulum istum legalis cōiunctionis sie attigerit, nedum in prædicta l.& Proculo proponit,verum neque ab extra*;pero concluye al fin con estas palabras : *Candidos lectores denique precor hanc rem, exercendi ingenij prætextu, ita discussam æqui, bonique consulant. Pravorum siquidem sinistra, ac nasuta iuditia cum eorundem Authoribus, hinc procul ablegamus, ac prorsus parui pendimus.*

34. Y si esto es assi, y los mismos Autores theoricos lo conocen,y despues de muchas vigilias,sin mas pretexto que exercitar el ingenio, q̃ es admirable para Escuelas, en que precisamente se ha de gastar el tiempo en esto , y ya en la practica solo se debe consultar , y aconsejar lo equo,y elegir lo mas verosimil , y probable , *ex l vnica.§. sed neque.C.de veteri iure enucl.*ibi: *Quod melius , & æquius est iudicate.*& *l.ob carmen. §.si testes. ff.de testib. cum multis alijs.* Para que es recurrir à principios especulativos , que la equidad de la practica,derecho Regio, ò estatuto,tiene antiquados,è immutados, y à materias Escolasticas , que los mismos,que las tocan,dizen son enigmas , queriendo divinar las mentes de los Consultos con nuevas,que ellos llaman,evincibles consideraciones?

35. Y el mismo Pedro Peralta despues de esta lectura à la *l.& Proculo*,y antes de entrar à la de la *l. Lucius Titius seq.* pone todavia vna conclusion con trece illaciones,que dize se sacan de la materia,que ha tocado,contra las mismas palabras del texto; y esta es la conclusion : *Ex legali, nuda , ac simplici coniunctione ius quoddam non decessionis consolidativum selectum , atque anomalum ex deffectu impedimenti sub oriri , sententiam fuisse huius legis Authoris mentaliter , ac velut in ænigmatè considerabilem , ac evincibilem verbis etiam ipsius prima inspectione observantibus,*

tibus, præter omnium scribentium traditiones astruendum duximus. Y la ilacion nona dize assi: *Et quod in legitima per vnum ex filijs repudiata, etiam ex testamento difunctis, vel ab intestato decedentibus ius istud locum sibi vendicet.* Y la vndezima assi: *Et quod licèt filius repudians in vita patris legitimam alijs fratribus partem faciat* (que es lo que defendemos en nuestro caso) *Post obitum tamen patris repudians eisdem partem minimè facit; quin illi in vniversum admitendi sunt.* Que nuestro practico doctissimo señor Salgado explica mejor *in labyr. cred. p.2. cap.11. num.64.* y absolutamente en nuestra practica es la comun: *Quod qui non facit partem non admittitur ad partem, & ista pars auget legitimam aliorum filiorum;* vt cum multis probat Ceva *los com. contra com. tom.1. q.373.* & nos *supra à n.21. cum seqq* & præcipuè *num 23.* cum Merlino *de legit. lib.1. tit.4. q.3.* don le entra diziendo, que esta question: *An exclusi faciant partes alijs non exclusis?* Exercitò los ingenios de los mas preclaros Doctores, y los que mas ex professo la trataron la dexaron mas confusa; y Rafael Cumano Jurisconsulto, sua tempestate, magni nominis, *in auth. novissima in fine. C. de inoff. testam.* confesò: *Quod pridie ante illam repetitionē fuit de ista materia interrogatus, & quod ita ambiguus erat, quod adhuc ignorabat, quæ essent illius partes in consulendo.*

36. Sed quorsum tendimus? Quando tenemos las leyes Taurinas de nuestro Reyno, y los Authores naturales, que nos dàn reglas en el caso practico, *de quo est sermo,* como son Antonio Gomez, y el señor Presidente Covarrubias, vno el Corifeo de todos derechos, y otro el Bartulo Español, vt inquit Matheu *de re crim. controvers.26. num.17.* y el P. Thomas Sanchez, Tello Fernādez en los lugares citados *sup. num.8.9.12. & 13.* y el mismo Ant. Gom. y Menchaca *sup. num.21.22. & 23.* Spino *sup. num.28. in fin,* D. Salgado, & Cevallos, de quibus *supra num.35.* y Gutierrez, de quo *supra num.20.* cuya doctrina

bien

bien examinada, y entendida no puede obstar a Doña Petronila, y Monasterio, atento themate, de quo loquitur *in d cap quamvis pactum, num.* 10. de hermano, que renuncia su legitima à favor de otro hermano cõ consentim ẽto del padre, à quien dize no se haze injuria, ni à los demas hermanos, que nada tenian en la legitima del que quiso renunciar a favor de otro (aunque el lugar de Antonio Gomez conque lo apoya, no lo prueba) y al *n.* 11. dize lo mismo se debe entender quando la renuncia es à favor del padre, para que en ella *pueda mejorar à vno, ò mas hijos los que quisiere*, aunque exceda del tercio, y quinto, y que lo puede hazer en aquel caso, que no es el nuestro, de heredero estraño instituido, à cuyo favor no puede el padre disponer de las legitimas de las otras dos hijas, que renunciaron absolutamente, y con todas quantas clausulas amplissimas, y facultades se quieran considerar, porque estas se acrecen, y aumentan à la hija vnica, que queda, à quien debiò su padre dexar toda su herencia, y patrimonio; ex fundatis in hac iuris alegatione, precipuè ex clarissima doctrina nostri Senatoris Hispani, Collegij maioris Conchensis alumni, D. Roderici Vazquez Menchaca, *controv. d. lib. 3. cap* 44. *n.* 6. de quo *sup. n.* 22. que es lugar en terminos de renuncia hecha por vna hija *con facultad al padre de dexarla à quien quisiere*, y resuelve, que aunque ella por el juramento se pueda excluir de la legitima que le toca, no puede perjudicar à sus hermanos, à quienes se acresce aquella parte, como si fuera por repudiacion de herencia, y que el padre no puede disponer otra cosa, & sic speramus declarari. Salva T. S. D. C. Sevilla, y Octubre 11. de 1695.

L. D. Andres de Velasco.